



Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050
FAX: 934866034
EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188049673

Recurso de apelación [REDACTED]

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 07 de Barcelona
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario [REDACTED]

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0647000012106119
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil
Concepto: 0647000012106119

Parte recurrente/Solicitante: [REDACTED]
Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Parte recurrida: BANCO DE SANTANDER,S.A.
Procurador/a: Jordi Fontquerni Bas
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 133/2021

Barcelona, 8 de marzo de 2021.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Doña M^a. Dolors PORTELLA LLUCH, Doña M^a. Teresa MARTÍN DE LA SIERRA GARCÍA-FOGEDA y Don Carlos VILLAGRASA ALCAIDE**, actuando la primera de ellos como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº [REDACTED] interpuesto contra la sentencia dictada el día 6 de septiembre de 2019 en el procedimiento nº [REDACTED] tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona en el que es recurrente **Doña [REDACTED]** [REDACTED] y apelado **BANCO SANTANDER, S.A.** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: " Que desestimando





parcialmente la demanda.

1. absuelvo a la demandada de todas las pretensiones interesadas en su contra;"
2. impongo las costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente **Don Carlos VILLAGRASA ALCAIDE.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio

Dª. [REDACTED] interpuso demanda contra Banco Popular Español S.A. para que se declarase la nulidad del contrato de adquisición de treinta títulos de obligaciones subordinadas en fecha 27 de septiembre de 2011, por un importe de 30.000,00 euros, por falta de consentimiento, al haberlo prestado por error, al habersele ofrecido como un producto seguro y sin informarle sobre los riesgos que le eran inherentes.

Subsidiariamente, solicitaba que se declarase la responsabilidad contractual de esa entidad por incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales de información, diligencia y lealtad, en su venta, y, en consecuencia, fuese condenada al pago de la referida cantidad, como indemnización de daños y perjuicios, más los gastos de custodia vinculados a tales valores, así como de los intereses legales devengados desde su primera reclamación extrajudicial, debiéndose compensar los importes recibidos en concepto de rendimientos o





cupones y sus intereses, y, en cualquier caso, con expresa condena de las costas causadas en este procedimiento a la demandada.

Su adquisición vino determinada por la información prestada por el empleado de la entidad, cuando acudió a abrir una cuenta de ahorro denominada "Pau Gasol" para los futuros gastos de formación de su hija, ofreciéndole la adquisición de obligaciones subordinadas como un buen producto de su conveniencia, afirmando la demandante que se dejó guiar por la confianza depositada en la entidad y en ese empleado, que en ningún momento le ofreció mayor información sobre sus características y riesgos, a pesar de su perfil conservador y básico como cliente que únicamente disponía de cuenta corriente y productos, como depósitos, que priorizaban la seguridad y disponibilidad de sus ahorros. La conversión forzosa de los títulos, que califica de instrumento complejo, destacando sus riesgos de liquidez y de insolvencia del emisor, en acciones de la entidad bancaria, tras la resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017, determinó la pérdida del nominal inicialmente depositado, sobre el que concreta la cuantía del presente procedimiento, por el que se ejerce la acción de nulidad, o anulabilidad, por la cantidad entregada, con restitución del capital invertido, más intereses, y de forma subsidiaria, la acción de indemnización de daños y perjuicios por la misma suma.

La demandante afirma que carece de conocimientos financieros y que confió en el ofrecimiento que se le hizo en la sucursal bancaria, afirmando que si hubiera tenido información precisa del producto no lo habría adquirido, ocultándose sus riesgos, más allá de la facilitación de la orden de compra de las obligaciones, por lo que la demandante manifiesta que las adquirió con el consentimiento viciado por error, provocado por el empleado de la demandada. Subsidiariamente interesa la indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento de las obligaciones contractuales de esta, existiendo, a su juicio, responsabilidad por la falta de información sobre las características y riesgos del producto. A través de las acciones ejercitadas, por tanto, solicitaba el dictado de la sentencia por la que se estimase la demanda formulada.





La demandada se opuso a la demanda alegando la caducidad de la acción de nulidad y la prescripción de la acción indemnizatoria ejercitadas por la parte actora, sin detrimento de afirmar que esta adquirió, en su día, las obligaciones subordinadas de forma voluntaria, y que informó debida y rigurosamente de sus riesgos, típicos y consustanciales a la naturaleza del producto, a través de diversos cauces, afirmando que tenía experiencia previa en la contratación de diversos productos financieros de diferente naturaleza y riesgo y que fue informada personalmente sobre la evolución de la cotización de las obligaciones subordinadas tras la contratación.

Afirma la demandada que “el producto contratado se comportó exactamente como aquello que se contrató: se abonaron trimestralmente los rendimientos acordados, cotizó en el mercado secundario y, en un momento determinado, antes de la fecha de vencimiento, por causas ajenas al Banco, se materializó el riesgo propio de las obligaciones subordinadas: se produjo una situación de inviabilidad que provocó que los tenedores de esos títulos hubiesen de asumir su condición de acreedores subordinados”, exponiendo las circunstancias sobrevenidas que provocaron la falta de liquidez de la entidad y su consiguiente resolución, al amparo de los instrumentos normativos correspondientes.

Celebrado el juicio se dictó sentencia en fecha, desestimando íntegramente la demanda, absolviéndose a la demandada de todas las pretensiones interesadas en su contra, e imponiendo las costas a la parte actora, tras razonarse que la información facilitada a la actora al suscribir el producto fue adecuada, comprensible y suficiente para tomar la decisión de compra, lo que excluiría la concurrencia de error vicio de la voluntad, sin detrimento de que, teniendo en cuenta la fecha de celebración del contrato (27 de septiembre de 2011), la acción de anulabilidad estaba caducada cuando se ejercitó, sin que tampoco pueda acogerse la acción indemnizatoria al no apreciarse los denunciados defectos de información ni, en su caso, el nexo causal entre ese





pretendido defecto de información y el daño producido, dado que su causa eficiente fue la resolución de la entidad bancaria en el año 2017, por su crisis de liquidez, que resultaba imprevisible en el momento de celebración del contrato.

Frente a esta resolución interpuso la parte demandante recurso de apelación, alzándose frente a la afirmada caducidad e improcedencia de la acción de anulabilidad, la prescripción e improcedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios, y la imposición de costas a esta parte. La entidad demandada se opuso al recurso formulado de contrario.

SEGUNDO.- Naturaleza del producto financiero contratado por la actora. Normativa aplicable. Obligación de información

Antes de pasar a analizar las cuestiones planteadas en el recurso, es preciso hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los títulos suscritos por la actora, con el fin de determinar cuál sea la normativa aplicable que servirá para valorar la conducta de la entidad demandada en torno a la perfección del contrato, y que resulta relevante a los efectos de determinar el controvertido ejercicio extemporáneo de las acciones ejercitadas en el que se centran, en primer término, los motivos de apelación formulados por la parte actora.

La orden de compra de 30 valores, suscrita por la actora en fecha 27 de septiembre de 2011, por un importe total nominal de 30.000,00 euros, eran de un producto que se le denominaba “OB. SUB. BANCO POPULAR VT.10-21”. Su denominación oficial, según el resumen explicativo de la emisión era “obligaciones subordinadas 2011-2” del Banco Popular Español S.A., y en la misma se establecía como fecha de vencimiento del producto el día 11 de octubre de 2021, sin perjuicio de que los inversores pudieran acudir a unas fechas de amortización anticipada, voluntarias.

En el referido resumen en el que se describe la emisión y las





condiciones de contratación de los referidos títulos se hace constar expresamente que “toda decisión de invertir en las obligaciones subordinadas debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto”, tras lo que se determina expresamente que “antes de adoptar la decisión de suscripción de las obligaciones subordinadas, los inversores deberán ponderar, entre otros, los factores de riesgo que se señalan a continuación”, y que se identifican a partir de su naturaleza subordinada, en los riesgos de amortización anticipada por el emisor, de mercado, de liquidez, además de la irrevocabilidad de la suscripción, junto con otros factores de riesgo del emisor -riesgo de crédito, riesgo exterior, riesgo de mercado, riesgo de liquidez, riesgo operacional, riesgo reputacional, riesgo inmobiliario y calificación de ratings-, de lo que se deriva su naturaleza de producto completo y de alto riesgo, aunque no exista calificación alguna, al respecto, en la orden de compra que alega la recurrente que recibió y que aporta con su escrito de demanda.

Resulta plenamente acreditado que tales títulos fueron objeto de canje-conversión por una cantidad equivalente de acciones del Banco Popular (identificadas como “AC. BCO POPULAR ACMV 1 T2”), en fecha 9 de junio de 2017.

Las obligaciones subordinadas adquiridas por la actora se trataban de un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, o, si se quiere, de un producto complejo, para cuya comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores y en su normativa de desarrollo, lo que implica, como paso previo, la obligación de clasificar a sus clientes en profesionales y en minoristas, en virtud del artículo 78 bis de la referida Ley.

En cuanto al deber de información, como ya hemos expresado en otras sentencias de esta Sala sobre este particular, entre otras, la de 12 de abril de 2019, “las entidades financieras se encuentran en una situación de superioridad frente a sus clientes pues disponen de una mayor información para gestionar sus





intereses en el mercado y para asesorarles en la contratación de unos u otros productos. Y, por otra parte, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen, por lo general, una relación duradera, lo que conlleva a que el cliente medio se fíe de sus recomendaciones. Sobre estos parámetros, de profesionalidad, por parte de la entidad financiera, y de confianza, por parte del cliente, es sobre los que se asienta la relación de clientela en el mercado financiero, lo que implica, a su vez, la exigencia de un estricto deber de información, a cuyo reforzamiento responde el conjunto de las normas contenidas en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID, lo que tuvo lugar mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para cuyo cumplimiento será necesario recabar información del propio cliente, a través de los test de idoneidad y de conveniencia, mediante los cuales la entidad bancaria sabrá si el producto es conveniente para el cliente, y si este tiene el bagaje cognitivo suficiente para comprender el riesgo que comporta.

El artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, ya antes de la transposición de la normativa MiFID, establecía la obligación de las entidades que presten servicios de inversión de ‘comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo’.

Por su parte, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que ha refundido en un único texto normativo el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establece, en el artículo 64.1: ‘Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del





cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas'.

A esa obligación de información se ha referido con carácter primordial la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias, en las de 20 de enero de 2014, 8 de julio de 2014 o 30 de septiembre de 2016, en la que se resume la copiosa jurisprudencia recaída sobre los errores de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión, en la que señala:

'La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.'

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir





una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores (...) como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obligaba a las empresas que operaban en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos habían de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas eran indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no eran meras cuestiones de cálculo, accesorios, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza”.

TERCERO.- Caducidad de la acción de nulidad. Inexistencia

Teniendo en cuenta la naturaleza del producto financiero adquirido, la primera cuestión que corresponde abordar en esta alzada es la relativa a la caducidad de la acción que se ejercita con carácter principal, que es la anulabilidad por error-vicio, y que se acoge en la sentencia objeto de recurso.

A tales efectos, el artículo 1301 del Código civil establece que “la acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: en los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”.





Alega la apelante, como primer motivo de su recurso, que la sentencia de primera instancia incurre en error en la determinación del "dies a quo" del cómputo del plazo, al tratarse de un contrato de trácto sucesivo, por lo que no puede confundirse la "celebración del contrato", con su "consumación", según los términos de ese precepto legal, es decir, hasta el cumplimiento de sus obligaciones o prestaciones de ambas partes, citando la jurisprudencia que considera aplicable a tales efectos, y poniendo de relieve que el vencimiento previsto para el producto contratado se estipulaba en el contrato para el mes de octubre de 2021.

Asimismo, alega la apelante que, en virtud del artículo 122-5 del Código civil de Cataluña, no comienza a computarse el plazo sino desde que se tuvo conocimiento del error y se pudo, en consecuencia, ejercitar la acción, habida cuenta que estuvo cobrando los cupones, conforme a lo pactado, hasta el mes de abril de 2017, no concurriendo ningún factor externo que le llevara a conocer que sus ahorros se encontraran en riesgo, por lo que debería situarse ese "dies a quo" en el mes de junio de 2017, en el que tuvo lugar la resolución de la entidad y se procedió al canje del producto, como se sostiene en sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, 20 de abril de 2016 y 2 de marzo de 2018. Es decir, en el caso de autos, el día 9 de junio de 2017, que es cuando se produjo el canje forzoso de las obligaciones por acciones, ya que en ese momento se acredita que la demandante fue conocedora de la naturaleza y riesgos de las obligaciones subordinadas que se habían materializado ya, siendo ese el motivo por el que se acudió al canje.

No puede admitirse, como pretende la entidad apelada, que el cobro de los bonos o la información que se iba facilitando del producto, en cuanto a su cotización, pueda determinar tal conocimiento sobre su naturaleza y riesgos.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 se establece ya la doctrina, reiterada en otras muchas sentencias posteriores (7 de julio y 16 de septiembre de 2015; 25 de febrero, 29 de junio y 1 de diciembre de





2016; 13 de enero y 3 de marzo de 2017, referidas a diferentes productos financieros, todos ellos complejos), que deja sentado que: "En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitárla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". Esta doctrina se reprodujo en las sentencias del Alto Tribunal de 13 de enero y 3 de marzo de 2017, referidas a permutas financieras de tipos de interés (swap), interpretándose que en el caso concreto el comienzo del plazo para el ejercicio de la acción no podía computarse hasta que el cliente percibió la primera liquidación negativa o, en su defecto, tuvo conocimiento del elevado coste de cancelación anticipada del producto, momento a partir del cual la parte demandante ya conocía la operativa comercial de producto y sus efectos nocivos. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo número 89/2018, del Pleno, de 19 de febrero de 2018, clarificó esa doctrina, en cuanto a su aplicación en relación con contratos en los que no coincide el momento de su perfección con el de su consumación, como ocurre en el caso de autos, pronunciándose en los siguientes y clarificadores términos: "Mediante una interpretación del artículo 1301 del Código civil, ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo





de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”.

De toda esta doctrina sentada por el Tribunal Supremo no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato, por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del artículo 1301 del Código civil, que establece que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr “desde la consumación del contrato”.

En la propia sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, se deja sentado que la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce “la realización de todas las obligaciones” (sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), “cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes” (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989), o cuando “se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó” (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Como ya se razonó por este Tribunal, en sentencias 50/2019, de 4 de febrero, y 238/2019, de 12 de abril, relativas a una acción de nulidad por error-vicio de un producto similar al de autos, la consumación del contrato tuvo lugar el día en el que se produjo el canje obligatorio de los títulos por acciones, agotándose en ese momento los efectos del contrato, siendo por tanto este el “dies a quo” del cómputo, por aplicación de la anterior doctrina.

Pues bien, teniendo en cuenta que, en el caso de autos, los títulos inicialmente adquiridos por la actora vencían en el mes de octubre de 2021, pero antes de su vencimiento fueron canjeados por acciones en fecha 9 de junio de 2017, no fue hasta esta fecha cuando se agotaron los efectos del contrato y, por tanto, empezó a correr el plazo de cuatro años, que no había transcurrido





cuando se interpuso la demanda rectora del presente procedimiento ordinario, el día 16 de febrero de 2018.

En consecuencia, la acción no está caducada.

CUARTO.- Resolución del recurso. Obligación de información e información proporcionada por la demandada. Concurrencia de error-vicio

Como ya ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno, 244/2013, de 18 de abril, y ha reiterado en jurisprudencia constante, la condición de un perfil minorista del cliente, como queda plenamente acreditado que es la demandante, comporta para la entidad la exigencia de un “elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión”. En concreto, se hace una especial referencia a la necesidad de facilitar “información completa y clara”, y a las “exigencias de claridad y precisión en la información”, debiendo alertar “sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva”, añadiendo expresamente que “la obligación de información que establece la normativa legal (...) es una obligación activa, no de mera disponibilidad”. Además, la jurisprudencia tiene declarado reiteradamente, a partir de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014, que la información debe proporcionarse con antelación suficiente a la firma del contrato y no puede suponer una mera información sobre lo obvio.

De la prueba documental practicada en las presentes actuaciones se acredita que la entidad demandada, emisora y comercializadora del producto, no informó a la demandante acerca de las características y riesgos inherentes de los títulos que, como se recoge en el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada, “las partes, en la audiencia previa, fijaron como hecho no controvertido que se trata de un producto completo y de riesgo”. Pues bien, al respecto, constan, por un lado, la orden de compra de treinta títulos de obligaciones subordinadas de fecha 27 de septiembre de 2011, en el que no consta descripción alguna de las características, naturaleza ni riesgos del





producto, pues ni tan siquiera consta su denominación o identificación completa, sino una simple abreviatura, y por otro lado, el contrato de custodia y administración de valores suscrito por la adquirente de los títulos objeto de autos, aunque es totalmente genérico y estipulado por la propia entidad, sin información específica alguna sobre el producto contratado, ni consten acreditados, tampoco, los pretendidos gastos de custodia que pudieren haber sido satisfechos por la demandante. Por lo demás, no consta efectuado ningún test de idoneidad, ni de conveniencia, ni se ha probado en modo alguno que por la entidad se comprobara la adecuación del producto con el perfil de su clienta, incumpliendo, por tanto, las obligaciones que le competían al efecto de evaluarlo, a través del test que se hallaba vigente al tiempo del otorgamiento del contrato de autos, el día 27 de septiembre de 2011, destacándose que preguntado el testigo empleado de la entidad demandada sobre si se efectuó el test, declaró no recordarlo (min. 10:46), sin que obre prueba documental de que efectivamente se realizara.

En cuanto al perfil de la demandante, obviado en la sentencia impugnada, se erige como un dato fundamental, a tomar en consideración que la demandante, de profesión pescadera, desde los catorce años, en trámites de separación conyugal en el momento de la contratación, carece de conocimientos financieros y experiencia inversora previa, no existiendo prueba en contrario que permita desvirtuarlo. El propio empleado de la entidad, D. [REDACTED]

[REDACTED] al ser preguntado sobre este particular, declaró que no lo recordaba, y respecto de si tenía experiencia inversora, afirmó que creía recordar que sí, pero no fue capaz de concretar con base en qué datos hacía tal aseveración. De hecho, al ser preguntado si era una persona que daba prioridad a los productos de ahorro, manifestó que “con detalle tan profundo no recuerdo, pero sí que es cierto que era del tipo de clientela que tenía experiencia, es que no recuerdo bien” (min. 01:37), lo que no puede considerarse una respuesta determinante, como se plantea en la sentencia impugnada, máxime cuando, al ser preguntado en torno a este último extremo sobre si recordaba si tenía conocimientos financieros, respondió que “conocimiento no, experiencia sí” (min. 02:05), y al insistirse en la pregunta sobre tal aseveración, declaró “no tanto, no tanto, no





recuerdo" (min. 02:12).

Evidentemente, de la testifical practicada no puede deducirse que la demandante tuviera conocimientos financieros, ni siquiera por experiencia previa, puesto que el testigo, al ser repreguntado sobre esta afirmación contestó que "por la vaga noción que tengo, porque de esto hace mucho tiempo, porque a mí desde la sucursal al poquito ya me enviaron a otro sitio, con lo cual mi relación allí como empleado en esa sucursal terminó en ese año", teniendo en cuenta que el contrato se perfeccionó el día 27 de septiembre de 2011, "por lo tanto el recuerdo que tengo es antiguo pero, a ver, el perfil de esta clienta era un perfil que tenía un repertorio amplio por experiencia porque yo recuerdo que ella me contaba cosas de inversiones que ella había hecho en otras entidades" (min. 02:20), y frente a esta vaga e imprecisa afirmación fue preguntado para que concretara sobre qué otros productos se supone que la demandante tenía experiencia previa, a lo que declaró que no podía concretar producto alguno, "no me atrevería ahora a decir si eran acciones o eran preferentes, no me atrevo, porque no me acuerdo" (min. 03:06), admitiendo, asimismo, que "es que no recuerdo ni cuantos depósitos tenía ni qué importe tenía" (min. 04:14), como tampoco recordaba su profesión (min. 04:30), lo que no puede determinar acreditado que la demandante tuviese conocimientos financieros ni experiencia inversora previa, que no se concreta, quedando probado, por el contrario, por sus referencias personales, académicas y profesionales, un perfil conservador, propio de un cliente de productos de ahorro, que concuerda con su afirmación de que acudió a la entidad para preguntar por una cuenta de ahorro con el objetivo de destinarlo a la futura formación de su hija, muy distante de cualquier inversión especulativa, máxime cuando el testigo, que no recordaba varias cuestiones, llegó a reconocer como posible que la clienta acudiese a la oficina motivada por la publicidad que la entidad bancaria hacía por esas fechas sobre la cuenta de ahorros denominada "Pau Gasol", -queda probado que ese mismo día abrió una cuenta de ahorro- y que concuerda con el hecho de que al notar que era un interés de depósito a largo plazo, le propusiera la adquisición de las obligaciones subordinadas del banco, lo que casa con el hecho de que la demandante no precisara de esa cantidad hasta dentro de unos años y que le ofreciera esa





alternativa como mejor opción, frente a lo que el propio testigo, aunque no lo recordase, afirmase que “tiene lógica” (min. 10:38).

También hay que poner de relieve que no se entregó a la demandante el folleto informativo de la emisión ni el resumen, puesto que no se ha acreditado su entrega, no siendo suficiente su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que pueda entenderse que la actora lo tenía a su alcance, exonerando a la entidad demandada de su obligación de entrega.

Ciertamente de la testifical practicada no puede considerarse, como se sostiene en la sentencia impugnada, que se ofreció suficiente información sobre el producto a contratar, en cuanto a su riesgo y a la posibilidad de perder dinero, sino que se trató de una recomendación del producto por parte del empleado, a través de una inversión que no se ajustaba al perfil de la clienta, desde su convencimiento de que el riesgo se percibía como improbable, lo que se une a la explicación de que si esperaba al vencimiento recuperaría la suma depositada. Así lo afirma el testigo: “en el caso del Popular en el 2011 ese riesgo, no voy a decir nulo porque a los hechos nos remitimos, pero sí que es cierto que era imperceptible, en cuanto a que la solidez del banco nadie la ponía en duda en el 2011, pero eso no quita que se indicara que tú podías perder la inversión en caso, pues, de insolvencia, quiebra, etc., de la entidad, es decir, hay un riesgo del emisor, lo que sucede es que quién iba a decir en el 2011 que el riesgo era así” (min. 06:49), reiterando que el riesgo se percibía como “improbable” (min. 07:33), lo que concuerda con lo afirmado por la demandante sobre la efectiva información que recibió, ajena a la naturaleza y características del producto. El propio testigo declara que “en aquella época la circunstancia más a tener en cuenta de este tipo de emisiones era la oscilación de su cotización durante su vigencia, pero que a vencimiento cobraban, vamos, tenía que quebrar el banco para que no cobraran, no que no se indicara, pero es lo que yo digo, que era un riesgo que dices, bueno, a ver, tiene que quebrar el banco, nadie lo pensaba (min. 08:36), dando a entender claramente que a vencimiento se informaba que se recuperaba la inversión.

De la testifical no se puede concluir que la demandante tuvo conocimiento





real de las características, naturaleza y riesgos del producto, sino que, por el contrario, admitiendo que el riesgo no se apreciaba como posible, difícilmente podía transmitirlo así a la clienta, máxime cuando el empleado bancario respondió con evasivas sobre la información relativa a la posibilidad de pérdida del capital depositado, afirmando “quién iba a decir que iba a venir lo que vino” (min. 12:40).

También ha quedado acreditado que, durante la vigencia del contrato, no se informó debidamente a la demandante acerca del deterioro progresivo de la situación económica de la entidad, que condujo a su resolución en el año 2017, en cuanto que la información fiscal o los comprobantes de los rendimientos abonados, que desde el mes de octubre de 2011 hasta el mes de junio de 2017 reportaron a la demandante un importe bruto de 13.620 euros, no reflejaban la situación económica de la entidad.

En consecuencia, y siguiendo lo razonado por este Tribunal en supuestos similares al que ahora se enjuicia, por ejemplo, en sentencias de 27 de mayo de 2015 y 12 de abril de 2019, podemos concluir que el error denunciado por el demandante atiende a las omisiones de información por parte de Banco Popular Español, S.A, de modo que viene a plantear un supuesto de error provocado, del que expresamente se ocupa el artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1^a del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil -entre otras, en la sentencia de 17 de diciembre de 2008-, reconociendo tal precepto el derecho de las partes de que se declare la nulidad del contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

La recurrente afirma que pensaba estar contratando un producto totalmente seguro, cuando en realidad no era sí, y no consta, en absoluto, que la demandada le informase sobre la verdadera naturaleza y los riesgos de las obligaciones subordinadas que adquirió.





La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2016, antes citada, deja sentado que “la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente de ellos al cliente.

Además, y por lo que se refiere al requisito de la excusabilidad, requerido por la jurisprudencia, resulta muy esclarecedora la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, de 20 de enero de 2014, que afirma que “el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de exigibilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”. Esta doctrina se reitera en sentencias posteriores, entre otras muchas, las de 10 de septiembre de 2014 o 20 de septiembre de 2016.

En conclusión, el consentimiento prestado por la demandante al adquirir las obligaciones subordinadas y canjearlas con posterioridad por acciones de la entidad bancaria emisora, estuvo viciado, como consecuencia de la falta de información imputable a la demandada, lo que ha de llevar a la declaración de nulidad interesada, por aplicación del artículo 1300, en concordancia con el artículo 1265, ambos del Código civil.

QUINTO.- Costas





La estimación del recurso de apelación conlleva la revocación de la sentencia dictada en primera instancia y la íntegra estimación de la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la demandada, y sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 LEC.

F A L L O

EL TRIBUNAL ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª. [REDACTED]

contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona el día 6 de septiembre de 2019, en los autos de que el presente rollo dimana, la cual revocamos, estimando como estimamos sustancialmente la demanda, declarando la nulidad del contrato de adquisición de 30 títulos de obligaciones subordinadas de Banco Popular en fecha 27 de septiembre de 2011 por la apelante y, en consecuencia, condenamos a BANCO SANTANDER S.A. al pago de treinta mil euros (30.000,00 €) a Dª. [REDACTED]

[REDACTED] más los intereses legales desde su cargo en cuenta y hasta su efectiva devolución, debiéndose compensar, de todo ello, los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones, por importe de trece mil seiscientos veinte euros (13.620,00 €) y sus intereses, con imposición de las costas causadas en primera instancia a la demandada, y sin que proceda imponer las costas de esta alzada a ninguna de las partes.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar





desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

